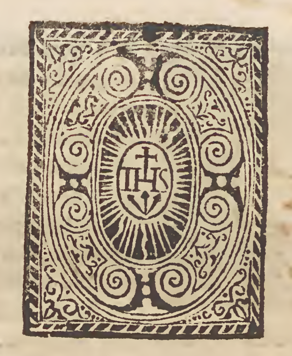
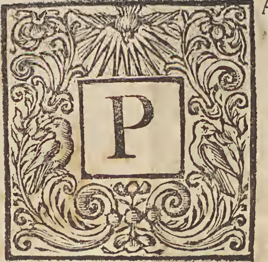


POR DON RODRIGO OVALLE Y Mendoça, vezino y Regidor perpetuo de la ciudad de Ronda, señor de las villas de Arriate, y Alcala del Valle.

EN EL PLEYTO

Con don Ioseph de Vlloa, vezino de la ciudad de Iaen, sobre los cortijos de Montegicar, y del Horcajo da Guadahortuna.

Impresso en Granada, en la Imprenta de la Real Chancilleria, por Francisco Heylan. Año de 1625.



ARA que con euidencia se eche de ver la justicia notoria del dicho don Rodrigo, se fundarã tres articulos, en que se diuidira este discurso.

En el primero se tratara de la justicia q̃ en el negocio principal tiene don Rodrigo, aun quando no tuuiera en su fauor cosa juzgada.

En el segundo, que por las sentencias de vista, y reuista desta Audiencia, confirmadas en la sala de las mil y quinientas, tiene en su fauor cosa juzgada, que le aprouecha a don Rodrigo, y a todos los sucessores en su mayorazgo, en que estan vinculados los dichos cortijos, y obsta a don Ioseph, y a su padre y abuelo, y a todos los que pudieran pretender tener derecho despues dellos, sin que se pueda dar lugar a este nueuo juyzio.

En el tercero se respondera a las objecciones en que se funda don Ioseph, que aunque son de tan poca importancia como en ellas, tales quales son procuran hazer alguna instãcia, por no tener otras de que valerse los Abogados contrarios, se elidiran con facilidad, respondiendo breuemente a las mas principales.

Para mayor inteligencia de este pleyto (porque no se ha dado memorial del a V.m.) es necessario aduertir, que por el año passado de mil y quinientos y siete, Diego Fernandez Vlloa, vezino de Iaẽ, y doña Ana de Aranda su muger, se obligarõ a dar a Pedro Fernandez de Vlloa, hijo del dicho Diego Fernandez (para que tuuiesse efecto el matrimonio que estaua tratado con doña Maria de Alfaro) las tierras, y cortijo de Cotilfa, que estan en termino desta ciudad de Granada, y mas sesenta mil marauedis, y para que darian, y entregarian todo

lo

lo susodicho al dicho su hijo quando se velasse, se constituyeron por sus posseedores: despues desto prosigue la escritura, diziendo, que demas de lo dicho le hazen donacion; *para despues de los dias de los donantes*, del tercio y quinto de todos sus bienes, *para que el dicho Pedro Fernandez de Vlloa lo tuuiesse, y posseyesse, como cosa suya propia, y hiziesse dello lo q̃ quisiesse, y por bien tuuiesse.* Despues destas palabras estan al margen las que se siguen: *Los quales dichos bienes de tercio y quinto, los aya, e tenga con vinculo de mayorazgo en que suceda, e sus descendientes varones, de mayor en mayor, e aya el dicho tercio e quinto en los heredamientos que nos auemos en Montegicar, y en Guadahortuna, con la casa, e fortaleza de Montegicar en lo que alcançare el dicho tercio e quinto.* Luego se va prosiguiẽdo en la escritura, sin tratar en otra parte alguna de vinculo, ni de los cortijos de Mõtegicar, y Guadahortuna, sobre que es este pleyto, y se pone el otorgamiento, dia, mes, y año, y despues de todo dize, que las palabras referidas arriba, van entre renglones, y al margen: *Vala todo, e no empezca, Diego de Vlloa, Rodrigo de Molina lo firmò a ruego de doña Ana.* En esta conformidad està puntualmente el traslado de la dicha escritura, que se sacò con prouision desta Audiencia, y concuerda con el protocolo. Esta escritura ratificò doña Ana de Aranda año de 1510. pero en la escritura de ratificacion, no ay tampoco palabra que mire a vinculo, ni mayorazgo, ni en ella se haze mencion de los cortijos de Montegicar, y Guadahortuna.

Suponese asimismo, que por el año passado de 1511. auiendo muerto el Diego Fernandez donante, se adjudicò a doña Ana de Aranda por su dote y arras el cortijo de Montegicar, y se adjudicò asimismo el de Guadahortuna a otros hijos del dicho Diego Fernandez por sus legitimas, los quales todos vendieron los dichos cortijos por su justo precio al Doctor Iorge de la Torre, caualle-

ro de la Orden de Santiago, y del Consejo de su Mageſtad, anteceſſor de don Rodrigo, el qual pagò el precio por ellos, y ſe le entregaron el año de 1513. y deſde entonces los començò a poſſeer, como conſta de las eſcrituras de venta, que eſtan en el pleyto.

Parece tambien que por el año paſſado de quinientos y ſeſenta y ſiete, ſe tratò pleyto en la ciudad de Iaen, y en eſta Chancilleria, ſobre la particion de los bienes que quedaron por fin y muerte del dicho Pedro Fernandez de Vlloa, en cuyo fauor ſe hizo la donacion, y entre los demas, que litigaron en aquel pleyto de particiõ, ſe opuſo Diego Fernandez de Vlloa, abuelo de don Ioſeph que oy litiga, nieto del dicho Pedro Fernandez, y biſnieto del Diego Fernandez que hizo la donacion, diziendo, que el era hijo mayor varon, y ſuceſſor en el mayorazgo (aſsi lo llama el) que inſtituyerõ Diego Fernandez de Vlloa, y doña Ana de Aranda, y que ſus bienes no ſe auian de partir, ſino adjudicarſele por bienes vinculados: preſentò vn traſlado de la dicha eſcritura de donacion, ſobre que oy ſe litiga, y en eſte traslado yuã las palabras que miran a vinculo, en el cuerpo de la eſcritura, ſin hazer mencion que eſtuuieſſen al margen en el protocolo, y como los demas colitigãtes no la redarguyeron; en eſte pleyto ſe adjudicaron al dicho Diego Fernandez litigante, vna heredad, y caſa, y ſe le reſeruò ſu derecho a ſaluo, para que pidieſſe como le conuinieſſe los demas bienes, que pretendia eran de ſu aſerto mayorazgo, y ſe le mandò deſpachar executoria, y que en ella fueſſe inſerta la dicha eſcritura de donacion, en la manera que en el dicho pleyto de particion ſe auia preſentado.

En virtud deſta reſerua en tres de Março de 1581. años, puſo demanda Diego Fernandez de Vlloa, abuelo del dicho don Ioſeph, a don Diego de Caſtilla, y a don Iuan de Qualle, padre de don

Rodri-

Rodrigo que oy litiga, diziendo, que el dicho don Diego de Castilla, tenia, y posseya el cortijo de Cotilsa, y el dicho don Iuan de Oualle, los de Montegicar, y Guadahortuna, y que todos ellos eran de su vinculo, y mayorazgo, que auian fundado Diego Fernandez de Vlloa, y doña Ana de Aranda, y que le pertenecian, como a llamado, que dixo ser al dicho vinculo, por ser bisnieto del instituydor, y que asi fuesse declarado por sucessor en el: y los dichos don Diego de Castilla, y don Iuan de Oualle, y doña Teresa de Valdiuia, vezina de Andujar, a quien tambien puso demanda de otros bienes, fuessen condenadas, a que le diessen, y restituyenssen todos los bienes que de su mayorazgo tenian: y por fundamento de su intencion presentò las dichas escrituras de mejora, y ratificacion, testimonio de la reserua que dio Martin de Caruajal escriuano de Camara, a quien auia passado el pleyto, y despues se presentò la misma executoria, y se mandò acumular el mismo pleyto, donde se hizo la reserua, y otros muchos inuentarios, aprecios, mandamientos de possession, y possessiones, en que pretendia fundar su justicia el dicho Diego Fernandez tres, o quatro prouanças, asi en el negocio principal, como de la fidelidad del escriuano, ante quien se otorgò la dicha escritura; y auiendo los reos redarguydo la dicha escritura, y tres, o quatro traslados que della estauan presentados de falsos, se truxo el protocolo original, y opuestas excepciones, fueron absueltos todos los demandados por tres sentencias conformes, y impuesto perpetuo silencio al actor.

Esto supuesto por el mes de Mayo de 1624. buelue a poner nueua demãda dõ Ioseph de Vlloa, hijo de dõ Pedro de Vlloa, que se opuso en el pleyto antiguo, y nieto del Diego Fernandez demandante, que aun oy son viuos, de los mismos cortijos, y por las mismas causas ya vencidas, a don Ro-

drigo Oualle, hijo del dicho don Iuan, y sucessor en su mayorazgo, a quien los dichos don Pedro, y Diego Fernandez hizieron citar en la villa de Madrid el año de mil y seyscientos y onze, para que como parte que era, por auer ya entonces muerto don Iuan su padre, se hallasse a la vista en la sala, de las mil y quinientas, quibus sic necessario præiactis sit.

Articulus primus.

EN este pleyto es quien possee don Rodrigo, y don Ioseph quien pide: vndè, si no prueua concluyentemente el fundamento de su intencion, ha de ser dado por libre don Rodrigo, §. commodum, institut. de interdictis: *Commodum autem possessionis in eo est, quod etiam si eius res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare remanet in suo loco possessio, propter quam causam cum obscura sunt vtriusque iura contra petitorē iudicari solet.* Y de tres maneras que pone la l.41. de Toro, por donde se prueuā ser los bienes de mayorazgo, que son la escritura de la institucion, o faltando la escritura, por testigos que depongan del tenor della, o por costumbre inmemorial, no se vale, ni puede valerse destos modos vltimos de prueua dō Ioseph de Vlloa, de costumbre, o prescripcion inmemorial, no, porque nunca ha posseydo, y sin possessiō no ay prescripcion de testigos que depongan del tenor de la escritura, no porque esse modo de prouança, solo se admite quando la escritura principal de la institucion falta, porque auiendola, es superflua cosa querer prouar el tenor della con testigos. Mas pretende, que por la misma escritura tiene prouado, que los cortijos sobre que es este pleyto, son de este vinculo que el llama; pero conuencese su pretension de la inspeccion de la mis-

ma

ma eſcritura, y della ſe colige, que las palabras del margen no las puſieron los otorgantes, ſino deſpues ſe añadieron, ſuppoſiticia, y falſamente, porque auiendoſe hecho donació del tercio y quinto, para que el donatario hizieſſe del lo que quiſieſſe, no ſe auian luego de corregir incontinenti los donantes, y vincular lo que fuera en efecto prohibir la enagenacion, y diſpoſicion de los bienes que le acabauan de permitir, contra la regla de la ley *non ad ea*, ff. de conditionibus, & demonſtrationibus; y aunque habla en teſtamentos, la miſma razon corre para contractos, y ſe alega para ellos, como lo dize Romanus in l. ſi quis cum aliter, in fine, ff. de verb. obligat. Alexand. conſ. 49. in fine, lib. 2. ni es de creer, que coſa tan ſuſtancial de la eſcritura, como vincular los bienes donados, ſe auia de poner todo al margen, y lo que es mas, no lo ſaluar en el cuerpo de la eſcritura, antes de la fecha, y teſtigos, ni hazer en otra parte alguna della menciõ de mayorazgo, ni de los cortijos ſobre que es eſte pleyto, ni en la ratificació que hizo deſpues doña Ana de Aranda; aunque en el exordio della entra diziẽdo, que por quanto ella, y ſu marido hizieron donacion del cortijo de Cotilfa, y cinquenta mil marauedis, y tercio y quinto de ſus bienes, haziendo relacion de toda la primera eſcritura; pero de los cortijos de Montegicar, y Guadahortuna, ni de vinculo, ni de mayorazgo, ni de lo que ſe contiene en las palabras del margen, no ay palabra que mire a eſſo en toda la eſcritura de ratificacion, como ni tampoco en la eſcritura de donacion: y ſin eſtas preſunciones tan euidentes de falſedad, aquellas palabras no tienen otorgamiento, ni dia, ni año, porque no eſtan ſaluadas en el contexto, y cuerpo de la eſcritura, y por el conſiguiente no hazen fee, ni valen, l. 13. tit. 25. lib. 4. recopil. ibi: *Y el dia, mes, y año*, Matienç. in l. 2. tit. 4. lib. 5. recopil. gloſſ. 8. num. 8. ni tienen teſtigos requiſito preciſamente

necef-

necessario, vt in Auth. de instrumentorum cautela, & fide; *Non minus quam trium testium fide dignorũ*, l.54.tit.18.part.3.D.Couarrub.cap.20.practicar. num.4. porque la misma razon que ay en toda la escritura para que sin los requisitos referidos no valga, ay en qualquiera parte sustancial della, & vbi est eadem ratio, valet argumentum de toto ad partem, glossa & Bart.in l. per fundum, ad finem, in verb. Quarto nota, ff. de seruitutibus rusticor. prædior, l.quæ de tota, ff. de reiuendicat.

Confirmase, con que si se diera lugar a que las palabras del margen, sin estar saluadas en el cuerpo de la escritura hizieran fee, pateret locus mille frudibus, como siguiendo esta opinion, o irrefragable verdad, lo dixo en terminos Baldo en la l. *si vnus*, num.1.C. de testamentis, vbi sic: *Sciat tamen quod notarius qui fuit rogatus originaliter de scriptura, si dicit se interlineasse, vel rasuram fecisse creditur sibi si talia verba sunt de corpore instrumenti, vel subscriptionis, vt ff. de his quæ in testamento delentur, l.1.per Dynum, sed si essent extrauagantia in margine, tunc quia non habent diem, & consulem, talia verba nihil valent.* Paulo de Castro en la misma ley si vnus, numer.5. *Sed Baldus hic notabiliter dicit hoc esse verum, quando illa attestatio est de corpore instrumenti, quia facta ante subscriptionem notarij, vel appositionem signi, quia tunc habet diem, & testes, secus si post, vel in margine, quia tunc caret die, & testibus, & ipse idem notarius potuisset id facere ex interuallo, & falso, ideo ei non statur, quod perpetuo tene menti.* Siguen a Paulo de Castro, Alexandro alli en el numer.8.Philip. Corn.num.6. comprueua esta opinion con muchos autores Carolus Ruyn.cons.68.volum.4.à nu. 3. Tiberio Decian. cons.110.comiença; *Et quia excellentissimus*, desde el num.9.Ioannes Andreas in additionibus ad speculum in tit.de instrumentorum edition.num.15. Vndè, quod de margine aliarum scripturarũ oppo suerunt aduocati, se ha de entender quando se salua

ua antes de la fecha, y quando es vna palabra sola, mas no quando es vna clausula entera.

Los demas traslados desta escritura, que tambien se presentaron en el pleyto antiguo, sacados sin los requisitos necessarios de citacion de parte, y otros, supuesto que consta, que estan desconformes del original, no pueden hazer mas fee, que el original de adonde se sacaron, pues quando se duda si se ha de dar, o no credito a los traslados, se recurre a la escritura de adonde se sacaron, cap. 1. de fide instrumentorum: *Si scripturam authenticam non videmus ad exemplaria nihil facere possumus.* Y aun pudiera dezirse que por estar las vnas escrituras diuersas de las otras, ni a las vnas, ni a las otras se aya de dar credito, l. scripturæ, C. de fide instrum. l. 1. tit. 25. lib. 4. recop. Y para cõcluyr este punto, contra el escriuano que dio el primer traslado, sacado del protocolo, que es la escriptura en pergamino, sin poner en ella, que las palabras que miran a vinculo, estauan al margen, resulta gran presuncion de falsedad, y que procedio cautelosamẽte, procurando hazer verdaderas las palabras falsas del margen, para que tuuiesse efecto su intento, y el del que se lo auia persuadido, pues su oficio era dar toda la escritura, como estaua en el protocolo, con todas sus faltas, sin quitalle, ni añadille cosa alguna, l. 13. tit. 25. lib. 4. recop. ibi: *Que en las escrituras que assi dieren signadas, ni quiten, ni añadan palabra alguna de lo que estuuiere en el registro, saluo la subscripcion*, quæ verba: *Saluo la subscripcion*, referuntur ad illa, *ni añadan*, Gutierr. lib. 1. practic. quæst. 139. num. 1.

Quando estuuiera esta escritura en la conformidad que don Ioseph pretende, y como el quiere, ni padeciera los defectos que padece la sustancia desta donacion, solo fue donarle el tercio y quinto de los bienes, y para demonstracion de en que bienes se auia de hazer la paga, despues de los dias de los

donantes en oracion a parte, despues de hecha donacion del tercio y quinto, se señalaron los cortijos de Mōtegicar, y Guadahortuna, demanera que los bienes donados, no son el cortijo de Montegicar, y Guadahortuna, sino el tercio y quinto: y aunque respeto del tercio y quinto fuesse la donaciō irreuocable, respeto de los bienes asignados, quedò reuocable, quia donationis substantia non consistit in ea asignatione, Tello Fernandez in l. 17. Tauri, num. 127. incipit, *tertio vero casu*, & in l. 20 num. 14. vers. *Rursus hoc*, Angulo de meliorationibus in l. 3. gloss. 2. à numer. 4. *Asignatio autem* (dize) *de qua in nostro textu reuocari poterit per asignātem, cum non consistat in ea substantia meliorationis, licet melioratio aliàs irreuocabilis sit.* Iuntase a lo dicho, q̄ esta asignacion del margen, que don Ioseph pretende hazer escritura, es condicional si cupiessen los cortijos despues de los dias de los donantes (que se ha de entender despues de la muerte del vltimo que sobreuiuiesse) y el derecho no presume que cupieron en el quinto, antes dispone que el que se funda en alguna calidad como esta, que viene a ser parte de la pretension de don Ioseph, tiene obligacion a proualla, tradunt plures relati per Senatorem Regni Piru, Ioannem à Montealegre in praxi, lib. 1. de exercitio practicarum actionum, cap. 7. num. 14.

Aunque fueran los donados los cortijos de Mōtegicar, y Guadahortuna, no se auiendo entregado, como no se entregaron a Pedro Fernandez de Vlloa, y no teniendo en quanto a ellos la escritura clausula de constituto, es mejor el derecho que tiene en ellos don Rodrigo Oualle, por auerlos vendido, y entregado al Doctor Iorge de la Torre su bisabuelo, doña Ana de Aranda, a quien se adjudicaron por su dote y arras, y otros hijos del Diego Fernandez donante, a quien se adjudicaron por sus legitimas, q̄ el q̄ pudiera tener don Ioseph,

pues

pues a el, ni a Pedro Fernandez, abuelo de su abuelo, no se entregaron, y a mi parte se vendieron, y se entregaron el año de 1513. y assi estamos en los terminos de la l. quoties, C. de reiuendicatione: *Quoties duobus insolidum prædium iure distrahitur, manifesti iuris est, eum cui priori traditum est indetinendo dominio esse potiorem*, l.50.tit.5.part.5. *Otrosi dezimos, q̃ si el postrimero comprador passasse a la tenencia de la cosa, e pagasse el precio, que el la deue auer, e non el primero*, d. l.quoties, in fine: *Cũ & si ex causa donationis vtrique dominium rei vindicetis, eum cui priori possessio soli tradita est haberi potiorem cõueniat.* Demanera que aunq̃ el titulo de la parte contraria no fuera falso, como es, don Rodrigo con los que tiene, y la entrega se prefiriera, y tiene mejor derecho que la otra parte, ex his, quæ tradit D. Couarrub. lib.2. variar. cap.19. per totum, Matienço in l.7.tit.11.lib.5. recopil.gloss.6.n.6.& melius, n.24. Aunque tuuiera esta escritura clausula de constituto, siendo condicional, se prefiriera don Rodrigo, Anton. Gomez in l.45.Tauri, num.93.

Con esto concurre el auer posseydo estos bienes don Rodrigo Ovalle, don Iuan, y doña Maria de la Torre Caruajal sus padres, Bernardo de la Torre su abuelo, y el Comendador Alonso de la Torre, hijos que fueron del Doctor Iorge de la Torre del Abito de Santiago, y del Consejo de su Magestad, bisabuelo del dicho don Rodrigo, a quien se vendieron por su justo precio el año de 1513. y luego los vinculò, y posseyò, y don Rodrigo, y todos sus antecessores los posseyeron por de su mayorazgo, con buena fee, quieta, y pacificamente mas de sesenta y ocho años, hasta que se les puso el pleyto antiguo, y oy los possee, con titulos legitimos de venta, otorgados por personas que juridicamente pudieron venderlos, de mas de 112. años a esta parte; que caso negado, fueran bienes que pudierã pertenecer a la parte contraria, auiendolos pos-

seydo

ſeydo don Rodrigo, y ſus anteceſſores, incorporados en ſu mayorazgo, con titulos tales, y por eſpacio de 40. años, era baſtante tiempo para tenerlos preſcriptos, porque ſi es cierto, y comun reſolucion, que por tiempo inmemorial, aduerſus præſentes, & futuros ſucceſſores maioratus præſcribitur, vt Molina fatetur, poſt plures ab eo allegatos, lib. 4. cap. 10. numer. 10. & 11. Ioannes Gutierrez, lib. 3. practicar. q. 62. la preſcripcion de 40. años, con titulo ſe equipara, y tiene los miſmos efectos, y procede en los miſmos caſos que la inmemorial, ſiendo el titulo tal que pueda cauſar buena fee, como ſe prueua en el cap. cum perſonæ, §. quod ſi tales, de priuilegijs, lib. 6. juntandole con el cap. 1. de præſcriptionibus, eodem libro: porque en el cap. 1. ſe dize, que las coſas Ecleſiaſticas ſe preſcribẽ por 40. años, con titulo, o con inmemorial, equiparadas ambas, aunque aſsiſta la preſuncion del derecho contra el que pretẽde preſcribir; dize deſpues el §. quod ſi talis, que aunque la preſuncion del derecho, en quanto a la percepcion de los diezmos aſsiſte por el Prelado, en cuyo diſtrito ſe cogẽ los frutos, y contra el Prelado que en diſtrito ageno los quiere cobrar; pero ſi el que los pretende cobrar, tiene priuilegio, aunque no ſuficiente, pero que tiene algun color para eſta pretenſion, y con eſte poſſee por tiempo de 40. años, como ſi la poſſeſsion fuera inmemorial. Lo miſmo ſe prueua en la l. 1. tit. 10. lib. 5. recop. iuncta lege 1. tit. 15. lib. 4. porque en la l. 1. tit. 15. expreſſamente ſe diſpone, que para preſcribir la juriſdicion ciuil, y criminal, ſe requiere tiempo inmemorial, y que queda preſcrita contra los preſentes, y futuros ſuceſſores en el Reyno, vt patet ibi: *Y mandamos que la poſſeſsiõ inmemoria, prouandoſe, ſegun, y como, y con las calidades que la ley de Toro requiere, baſte para adquirir contra nos, y nueſtros ſuceſſores qualeſquier ciudades, villas, y lugares, juriſdiciones ciuiles, y criminales.* Lo qual ſupueſto,

puesto, dize la l.1.en el tit.10.que si la jurisdicion se posseyere con titulo no bastante por tiempo de 40.años, quede prescripta, vt cõstat, ibi: *Queremos, y mandamos, que aya para el la justicia, si despues del tal preuilegio, o merced vsò della por tiẽpo de quarenta años.* Y como estos textos tratan de prescribir contra su Magestad, y sus sucessores, son muy a proposito para la materia de mayorazgos, porque el Reyno es el mayorazgo principal, de que se deriuan, y a cuyo exemplo se hazen los demas destos Reynos, Paulo de Castro, cons.164.lib.2.Molina, qui plures allegat, lib.1.cap.2.num.16. Gutierrez lib.8. practicar.quæst.15.nu.16. vbi plures citat: y que sufficiat quadragenaria cũ titulo loco immemorialis tenuit idem Gutierr.lib.1.practicar.quæst.86. cum Auend. Matienço, & Couarrub. & quod possessio quali ficet; titulum, Gutierr.lib.3.practicar. quæst.65.num.fin.

Ex quibus regula generalis resultat, que en los casos que era necessaria prescripciõ inmemorial, bastan quarenta años, y titulo, vt latè probât post plures, Molin.lib.2. cap.6.à nu.52. Gutierr.lib.8. practicar.quæst.62.per totam, pręcipuè, num.11. siguiendo muchos a quien refiere.

Todo lo dicho procede cõ menos dificultad en el caso en que estamos, en el qual negamos que estos bienes ayan sido vinculados en este mayorazgo q̃ llama don Ioseph, y por el consiguiente qualquiera prescripciõ bastara, y mas no auiẽdo clausula de prohibicion de enagenaciõ, ni otra alguna de las que en los mayorazgos de España se suelen poner.

Articulus secundus.

SIN los fundamentos referidos, y otros que ex consulto se han omitido, tiene don Rodrigo en su fauor tres sentencias, todas conformes, dos desta Chancilleria, y vna del Consejo, y

Sala de las mil y quinientas, litigando Diego Fernandez de Vlloa, abuelo del que oy litiga, y don Pedro de Vlloa su padre, que se opuso en aquel pleyto, ayudando a su padre a defendello en esta Chancilleria, y en el Consejo, y pues ay ya cosa juzgada, no ay que tratar de otra cosa: *Post rem iudicatam nihil quæritur*, l.post rem, ff. de re iudicata, porque a las cosas juzgadas se ha de estar en todo acontecimiento, l.1.C.de re iudicata: *Rebus quidē iudicatis standum est*, teniēdo siempre por firme lo que por ellas se determina, l.1.§.fin.ff.ad Senatus Consultum Tertulianum: *Quæ iudicata, transacta, finita-vè sunt rata maneant.* Sin boluer a instaurar, y ventilar de nueuo lo ya juzgado, pues no lo permite la autoridad de la cosa juzgada, l.ad solutionem, 4.C.de re iudicata, ibi: *Nec enim instaurari finita, rerum iudicatarum patitur authoritas.* Porque a qualquiera litigio le basta vna determinacion, porque no se multipliquen los pleytos, l.*singulis controuersijs*, ff.de exceptione re iudicatæ, *singulis*, ait: *Controuersijs, singulas actiones, & vnum iudicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus, summam, atque inexplicabilem faciat difficultatem, maximè si diuersa pronuntientur.* Y explica la glossa, diziendo: *Nunc pro actore, nunc pro reo.* Y concluye la ley, sic: *Parere, ergo reiiudicatæ frequens est.* Y mas quando son sentencias de tan rectos, y tā superiores Tribunales, como este, y el Consejo; contra las quales no se admite recurso, ni remedio alguno, aunque sea el de la in integrū restitucion, l.4.tit.17.lib.4.recopil. *Que por las dichas sentencias se entiendan ser acabados, y fenecidos los dichos pleytos, sin que se puedan tornar a mouer, ni suscitar en manera alguna.* Cuyas palabras boluio a ampliar la pragmatica del señor don Felipe el Tercero, promulgada el año passado de 1615. Sentētia namque facit ius irretractabile inter partes, l.eleganter, §.si quis post, ff.de condit.indebiti, habetur pro veritate, l.

inge-

ingenuum, ff. de statu hominum, dicitur altera natura, quia originem creat, l.1. cum seqq. ff. de liberis agnoscendis: no puede el juez boluer a deshazer la sentencia que dio su antecessor, ni la que el mismo dio, l.1. C. sententiam rescindi non posse: *Neque suam, neque decessoris sui sententiam quemquam posse retractare indubium non venit.* Y aunque la intente retractar, semejante decreto es notoriamẽte nullo, de tal manera que no es necessario apelar del, dict. l.1. in fine, ibi: *Nec necesse esse ab huiusmodi decreto interponere prouocationẽ explorati iuris est*, l.15. tit.11. part.3. *Ca despues que dieren juyzio afinado en alguna cosa, sobre que non se alçassen, si sobre ella mouiessen despues otro pleyto entre las mismas personas, e diessen otro juyzio, que fuesse contrario al primero pleyto, valdria el que primeramente fuesse dado, e non el segundo.* Vbi Gregor. verbo, *Primeramente, etiam si ex inspectione actorum euidenter appareat eius iniquitas.* Verba sunt Gregorij en la l.19. tit.22. part.3. verbo, *Gran fuerça*: y si esto procede aun quando consta euidentemente de la iniquidad de las tales sentencias, cõ mucha mas razon procedera, quando como en este caso, consta tan notoriamente de su justificacion, que basta ser sentencia de qualquiera juez inferior, para que se presuma ser justa, l. hærenius, §. Caya Seya, ff. de euictionibus, quanto mas de tan superiores, y rectos, que por sus merecimiẽtos llegaron a tan superiores puestos.

Para que aquel juyzio, y cosa juzgada obste, y prejudique a don Ioseph, concurren todas las tres identidades de la l. *cum quæritur*, con las q̃ se siguen, ff. de exceptione rei iudicatę: porque en el pleyto antiguo se pidieron los cortijos de Montegicar, y Guadahortuna, en este se demandan los mismos; en el antiguo se pidieron estos cortijos por vinculados; aora se piden por las mismas causas, razones, instrumentos, y prouanças ya vencidos: estas son las dos identidades; la tercera de la ley, *& an*

eadem

eadem conditio personarum. Tambien concurrẽ, porq̃ don Rodrigo Oualle es el mismo a quien se citò en la villa de Madrid, por auer ya muerto dõ Iuan de Oualle y Mendoça su padre, para que se juzgasse en las mil y quinientas con parte; y aunque no salio mas que don Iuan su padre en la cabeça de las sentencias, por disposicion de derecho, valen, y aprouechan al hijo heredero, y sucessor, las dadas en fauor del testador, y difunto, l. *cum hæredes*, ff. de acquirenda possessione, l. 2. tit. 14. lib. 2. fori, l. 19. tit. 22. part. 3. ibi: *Que tambien se puede aprouechar del juyzio el heredero de aquel por quien fue dado, como el mismo*. Nam transeunt in hæredem iura actiua, & passiua, tit. C. vt actiones congerit ad hoc plura iura, Anton. Gom. to 2. c. 11. n. 12. Pues en don Ioseph de Vlloa tambien concurre la misma identidad de personas, de la ley, *& an eadem conditio personarum*. Pues si don Pedro de Vlloa su padre, y Diego Fernandez de Vlloa litigaron como sucessores, que dezian ser descendientes de Pedro Fernandez de Vlloa donatario; don Ioseph de Vlloa por ser hijo, y nieto de los que litigaron, y fueron vencidos, los pretende; y no se requiere que sean las mismas personas indiuiduales, sino que sea la misma condicion de personas, d. l. *& an eadem*, y basta que seã las mismas personas, verdadera, o interpretatiuamente, vt tradit ibi Bart. in §. *qui cum patrem*, in illis verbis, *verè, vel interpretatiuè*, Socin. cons. 18. nu. 44. porque adonde, y contra quien se halla la qualidad, passa tambien la cosa juzgada, actiua, y passiuamente, Decius cons. 78. num. 3. & 4. Gregor. in l. 2. tit. 15. part. 2. verbo, sino el hijo mayor, Aluar. lib. 2. cap. 3. §. 4. n. 45. & 46.

De aqui sale vna textual, comun, y verdadera sentẽcia, segun la qual se ha juzgado en estos Reynos, todas las vezes que ha sucedido el caso, sin q̃ en elle pueda ponerse duda alguna, que la sentencia dada con el posseedor del mayorazgo, o con qual-

qualquiera que pretenda suceder haze cosa juzgada, no solo en perjuyzio del vencido, y en fauor del que vencio, sino de todos los que tienen, o pudieran tener lugar despues dellos, sin citarlos, l. 1. §. denuntiari, ff. de ventre inspiciendo: *Denuntiari autem oportet ijs quos proxima spes sucessionis contingit, vt putà primo gradu hæredi instituto, non etiam substituto, & si intestatus sit pater familias ijs qui primum locum abintestato tenent*, l. si superatus, ff. de pignoribus, l. *ex contractu*, ff. de re iudicata, el señor Presidente Couarrub. cap. 13. n. 6. in quæstionibus practicis, D. Molin. lib. 4. de primogen. cap. 8. Anton. Gom. in l. 40. n. 73. Mieres, 4. p. q. 14. Gregor. Lopez, el señor don Iuan del Castillo, Menchaca, Tiraquel. Padilla, Rodrigo Suarez, Peregrino, y todos los Doctores que bien sienten, hinc prouenit, quod alienatio facta ex tali sententia, & re iudicata valet, & præiudicat, l. 3. ff. de reb. eorum, ibi: *Valebit alienatio propter re iudicatæ authoritatẽ*, & iterum, ibi: *Magistratuum authoritate*, Pinel. in l. 1. 3. part. n. 49. C. de bonis maternis.

Articulus tertius.

OPonenos lo primero don Iosepħ, que en el pleyto antiguo huuo colusion, mas esso le negamos, y dezimos, que no la huuo, como del mismo pleyto consta euidentemente, pues en el estan presentadas veynte y ocho, o veynte y nueue pieças, que casi todas ellas son prouanças, escrituras, executorias, y papeles, de que la parte contraria tratua valerse; la donacion, y ratificacion de doña Ana de Aranda; alegaciones hechas por los mayores Abogados que entonces auia en esta Audiencia, firmadas muchas de tres, o quatro: y en particular la oposicion de dõ Pedro de Vlloa, demanda, y suplicacion con las mil y quinientas, y

que con todas ellas se vio en el Consejo, como cõsta de la carta de pago que dio el escriuano de Camara de Madrid: la executoria que aora boluia a presentar don Ioseph, por estar toda ella presentada en en el pleyto antiguo, y ser la pieça quarta del, se mandò quitar deste nueuo pleyto por auto de reuista, y no era a proposito pata este pleyto, sino solo por las escrituras insertas en ella, y reserua en virtud de q̃ se entrò demandando en el pleyto antiguo, que tambien estauan presentadas en el rollo del pleyto antiguo desta Chancilleria, ni se presume colusion: *Nam cum collusio sit inter actorẽ, & reum fraudulenta, & latens cõuentio*, vt ex titulo, ff. C. & decretalibus de collusione detegenda, colligunt glossa in explicatione rubricæ, & in cap. audiuimus, eodem titulo, Menoch. cons. 165. n. 17. & cum includat in se dolum, & fraudem, *l. cum seruũ*, la primera, C. eodem titulo, Garcia de nobilitate, gloss. 40. nu. 9. & inter delicta connumeretur, cap. audiuimus, de collusione detegenda, Hostiensis in summa, titulo de collusione detegenda, §. *qua pœna culludens*, num. 4. no se presume, sino se prueua por quien la opone, como ni tampoco se presume el dolo, l. *quoties*, 18. §. qui dolo, ibi: *Licet in exceptione, docere dolum admissum debet*, ff. de probat. Mascard. conclus. 351. nu. 1. & 814. n. 2. Menoch. lib. 5. præsumpt. 3. nu. 18. porque los testigos (de los quales tiene tachados don Rodrigo) en quanto a la colusion se remiten a los autos: el Licenciado Pedro Romera, que dize que huuo colusion, porque no se presentò vna executoria, en que estaua la reserua, dixo, contra lo que consta del pleyto, en que està presentada la reserua de por si, y otro tanto de la misma executoria, y por estar presentada, se mãdò quitar otro traslado della, que aora se boluia a presentar: ni bastaran que los testigos dixeran generalmente de colusion, si no deponen della in indiuiduo, & in specie, refiriendose a instrumentos

por

por donde constasse que fuessen tales, que si los juezes los huuieran visto, juzgaran de otra manera, nam vt inquit eleganter Auendaños in capitulis prætorum, cap.2.n.21.verbo: *Probatio autem, probatio collusionis, doli partialitatis, simulationis debet esse in indiuiduo, in specie*: *declarando especificamente en que caso, y prouando concluyentemente.* Ni aun la falta de presentacion de escrituras, es colusion, para que por ella se retracte la cosa juzgada, l.4.C.de re iudicata: *Sub specie nouorum instrumentorum postea repertorum res iudicatas instaurari exemplo graue est*, l.Imperatores, ff.eodem titulo: *Cum sub obtentu nouorum instrumentorum restitui negotia minimè oporteat*, l.19.tit. 22.part.3. *Otrosi dezimos, que non se puede desfazer el juyzio, despues que fuere dado, maguer mostrassen despues cartas, o preuilegios, que fuessen a tales que si el juzgador los ouiesse visto ante que el juyzio, diera que juzgara de otra manera*, l.1.tit.14.lib.2.fori. Vndè, vt iura iuribus concordentur: la ley, *si seruus plurium*, con las demas que cita Molina, proceden quando al tiempo del pleyto se tenian los instrumentos, y de industria coludiendo con la otra parte, se dexarõ de presentar, mas no quando despues de auerse juzgado se hallan, como en los terminos destas leyes; y esto procede con mucha mas razon contra sentencias deste Tribunal, y del Consejo, ex dict.l.4. tit.17. lib.4. recopilat. & pragmatica edita anno 1615. Lo demas està articulado en el pleyto antiguo: los testigos deste, dizen de oydas a los de aq̃l: y pues los autores estan vencidos, tambien lo estan los que se refieren, o pueden referirse a ellos, cap. *licet ex quadam*, de testibus: *Cum satis videatur absurdum, illos admitti quorum repellentur authores.* Y en este pleyto, supuesto que se fundaua en sola vna escritura, y esta se presentò, no podia auer colusiõ.

Menos necessidad ay de responder a vn testamento, que aora se presenta, otorgado por Pedro Fernãdez donatario, treynta años despues q̃ doña

Ana

Ana de Aranda vendio los cortijos, ſobre que es eſte pleyto, al Doctor Iorge de la Torre: porque no es a propoſito para eſte pleyto, ni en el ſe trata palabra de mayorazgo, ni coſa que pueda obſtar a don Rodrigo, antes ſe califican mas los titulos de venta que tiene; y quando en el ſe hiziera relaciõ de mayorazgo, es a confeſsion, o depoſicion de Pedro Fernandez, por quien pretende tener derecho don Ioſeph, repreſentando ſu perſona: aſsi como a el miſmo no le pudiera aprouechar, por la miſma razon, no pudiera aprouechar a los que pretenden tener derecho por el, ex cap. *Nemo plus iuris in aliũ transferre poteſt, &c.* de regul. iuris, lib. 6. nec confeſſio vnius, præcipuè partis aduerſæ, tertio nocet directè, nec indirectè, l. Seia mancipij, ff. ad Belleianum, Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. p. §. 17. n. 11. y ſi aunque huuiera cõfeſſado en eſte teſtamento, q̃ eſtos bienes eran de ſu mayorazgo, no obſtara a don Rodrigo, como tercero que es, coſa alguna: mucho menos le obſtara auer mãdado Pedro Fernandez a ſus hijos, que no pidieſſen coſa alguna a los que tenian los cortijos de Guadahortuna: *Nam cum quid vna via prohibetur alicui ad id alia non debet admitti:* vt eſt vulgare iuris axioma, ſi por aquel camino le prohiben q̃ me prejudique, tampoco por eſte le admiten: y el dezir que Pedro Fernandez mandò a ſu hijo Diego Fernandez, que no pidieſſe a los que tenian eſtos cortijos, fue porq̃ echò de ver que los tenian legitimamente con titulos de venta, y porque ſabria que aquellos bienes no eran vinculados, ni como tales los podian pedir ſus hijos, por ſer como ſon las palabras que miran a vinculo ſupoſiticias, y falſas, ſin ningun fundamento (ſi acaſo el interuino en q̃ ſe añadieſſen al margen) que eſtas preſunciones ſon juridicas: *Nam nemo præſumitur iactare res ſuas*, l. cum de indebito, ff. de probationibus, ni las de ſus hijos, a quien ſe preſume que quiere el padre mas que a ſi;

Nec

Nec præsumitur quis condens testamentũ, seu moriens, immemor salutis æternæ, cap. sancimus, 1. quæst. 7. y si estas son presumpciones juridicas: todos quantos fundamentos tiene la parte contraria, son imaginaciones, y gana de gastar, y hazer gastar el tiempo, y hazienda.

Demas de q̃ si desta escritura no se induze otra cosa mas que auer mandado Pedro Fernandez a su hijo Diego Fernandez, que no pidiesse, y a Diego Fernandez de Vlloa su nieto, pidio y se opuso don Pedro de Vlloa, y ambos siguieron el pleyto, tan exactamẽte que ninguno despues que està aqui la Chancilleria se ha seguido, ni defendido mas bien, y si los condenaron fue, por falta de justicia, mas no por falta de defensa, que essa de su parte se hizo, asistiendo aqui padre, y hijo, y en Madrid, don Pedro de Vlloa en su nombre, y el, y el Licenciado Armijo, con poderes tambien de su padre, como consta del rollo del Consejo.

Quando todo esto cessara, el auer dicho que mejoraua en tercio y quinto a otros hijos, en caso que Diego Fernandez cõtrauiniesse, no fue miedo justo, injustamente impuesto, para que del se quisiera aprouechar don Ioseph, pues el padre que pudo libremente disponer, segun las leyes Reales del tercio y quinto, en fauor de otros hijos, y en perjuyzio del dicho Diego Fernandez, pudo con mayor razon, debaxo de condicion, si contrauiniesse, que fuerça, y miedo para el edicto de eo quod metus causa, se ha de entender injusto, y que fiat contra bonos mores, l. 3. ff. de eo quod metus causa, §. 1. *Sed vim accipimus atrocem, & eam quæ aduersus bonos mores fiat, non eam quam magistratus rectè intulit, scilicet iure licito.* Y este no era miedo de carecer de la ley, *nec timorem*, nec mortis, neque cruciatus, nec omnium bonorum iam adquisitorum, seu maioris partis, que esso se requiere, c. 2. de his quæ vi, Donelus lib. 15. cõmentar. c. 38. pag. 502. Finalmente

 pu-

pudiendo tener este testamento tan diuersos senti dos, no prueua que sea lo que puede ser, q̃ no sea, l.neque natales, C.de probat. cum ergo ex testam. non probentur bona maioratui subiecta, libera, & allodialia præsumuntur, l.altius, 8.C.de seruitutibus, Mascard.de probation. conclus.79. numer.5. Molin.lib.2. cap.6. num.8. de primogen. de Hispanorum.

Ni haze perjuyzio alguno a don Rodrigo auerle mandado responder a esta nueua demanda, porque de las sentencias resulta en su fauor excepciõ perentoria de cosa juzgada, que tiene opuesta, como tal a don Ioseph, para que se declare no auer lugar este juyzio, por ser ya negocio acabado, y se imponga a don Ioseph perpetuo silẽcio en el, porq̃ todas las vezes que vna excepcion se puede oponer, como dilatoria, y perentoria, aunque se opõga, como dilatoria, para no responde, y manden respõder, se puede despues boluer a oponer, como perentoria, y tiene su fuerça, como sino se huuiera opuesto, como dilatoria: expressamente lo dize asi la l.10.tit.3.p.3.in illis verbis: *E por ende dezimos, que por tales defensiones como estas, o otras semejantes dellas, que los demandados pusiessen ante si, para embargar la respuesta, que non se deue el juzgador detener por ellas de yr adelante por el pleyto principal, ante dezimos, que deue constreñir al demandado, que llanamente responda, si, o non a la demanda quel fazen, e despues que ouiere respuesta, deue el juzgador recebir aquellas defensiones, e si las fallare verdaderas, deue dar por quito al demandado de toda la demanda quel fazen.* Ecce legẽ, adonde se oponen ecepciones, para no responder, y se manda responder, y aquellas mismas se bueluẽ despues a admitir, para el negocio principal, Bald.& omnes in l.nam & postea, ff.de iure iurando, Paz in praxi, 1.p.tom.1. 7.tẽpore, n.7.Bart.in l.fin.ff.pro suo: porque mandando responder, aunque no se expresse en el auto, se entiende, que se reseruan ad merita

causę

cauſæ principalis, como dize Capit.deciſ 83.n.1. Matth.de Afflict.deciſ.52.n.1.y en eſte pleyto,notoria coſa es que ſe manda reſponder, por la coluſion que don Ioſeph alegaua; y para que conſtaſſe ſi la huuo,o no,ſe mandò reſponder a D.Rodrigo, y oy que conſta que no la huuo, es cierto que las ſentencias ſe quedan en ſu fuerça, mayormente no ſe auiendo conocido deſta excepcion de coſa juzgada plenamēte, Petrus Barboſa in l. diuortio, §.fin.num.55. ff.ſoluto matrimonio, ibi: *Id tamen explicandum eſt, quando plenè, & ſolemniter fuit cognitum,tam reſpectu iudicis,quam partium.* Demas de que ſentencia, o auto contra coſa juzgada es inualido, l.1.C.quando prouocare non eſt neceſſe, l.13.tit. 22.p.3.gloſ.verbo,agi, in l.ſi diuerſa,C.de tranſaction.vbi Bart.num.4. Anton.Theſ.lib.4.q.7. Gratian.diſcept.197.n.3.

Ni obſta la l. 1. ff. quæ ſententiæ ſine appellatione reſcindantur: porque procede quando ſe conoce plenamente,ſi huuo,o no coſa juzgada; y expreſſamente ſe dize, que no la huuo,y que no obſta,como della conſta, ibi: *Et huius quæſtionis iudex, non eſſe iudicatum pronuntiauerit.* Et ex dict.l.13. ibi: *Iuzgando que no fue dado juyzio ſobre aquella coſa*, gloſ. in l.1. C. quando prouocare non eſt neceſſe, vbi Azon. in ſumma, y en nueſtro caſo no ſe dixo en el auto, que no auia, o que no obſtaua la coſa juzgada,ſino, *reſponda*, y eſto,o por lo de la coluſion, o porque no ſe opuſo dentro de los nueue dias: las quales razones ceſſan para la juſticia principal, y eſtado que oy tiene el pleyto: para el oponerſe, y admitirſe eſta excepcion en fuerça de perentoria, porque diferente coſa es, y diferentes efectos obra dezir, *reſponda*, o dezir, *no obſta la coſa juzgada*, vt ex iam dictis conſtat.

Opuſieron aſsimiſmo los Abogados en eſtrados, que Diego Fernandez, y don Pedro ſu hijo litigaron,como pobres,mas de los autos conſta, q̄ litigaron

garon como ricos, aunque despues que se juzgò aqui el pleyto en reuista, para la suplicacion, y fiança con las mil y quinientas, procuraron hazer informacion de pobreza, para no dallas, y ellos mismos arcularon, que la hazienda que auian tenido, la auiã gastado en la defensa destos pleytos; y quando fueran pobres, pauperibus, viduis, & personis miserabilibus, sic sumus in iustitia debitores, vt alijs præiudicium non faciamus, cap. ex tenore, de foro competenti, y no ha de querer don Ioseph so color de representar miserias, retractar las sentencias justamente dadas, y quitar la hazienda a cuya es, *non ergo vos moueat* (inquit Greg. in l.13. tit.4. par.3. citans D. Bernardum) *hominis facies miseranda, vilis habitus vultus supplex, demissa supercilia, verborum humilitas, sed nec ipsæ quidem lachrymulæ currentes.*

Oponen todauia diziendo, que porq̃ auia Diego Fernandez de Vlloa de presentar aquel traslado, haziendo mencion, que las palabras estauã al margen, mas respondese que lo presentò assi, porque assi estaua en el protocolo, y el escriuano no lo quiso, ni pudo dar de otra manera: y el motiuo que tuuo para presentarlo, fue, que como don Iuan de Oualle, y los demas reos en aquel pleyto, auian redarguido de falsos otros traslados, sacados sin citacion, que entrò presentando con la misma demãda el Diego Fernandez, para comprouallos, como no hazian fee, por estar sin los requisitos necessarios, le fue fuerça, por consejo de sus Abogados sacar del protocolo el dicho traslado, y despues los señores juezes, de su oficio mandaron traer el mismo protocolo, y en resolucion lo que Diego Fernandez hizo, lo hiziera el hombre mas entendido de negocios que huuiera, y en hazerlo, no hizo cosa mal hecha, ni injusta, pues assi se descubrio la verdad, a que se ha de estar, como quiera que se sepa.

De-

Denique & ſexto inſtant dicentes, que la preſcripcion de que don Rodrigo ſe vale, no puede aprouecharle, porque los que han tenido primer lugar, para pedir cada vno en ſu tiempo, han ſido menores; eſta excepcion, como las demas eſtà ya vencida, y la prouança della incumbe a don Ioſeph, l. cum te minorem, ibi: *Debes de ea ætate probare*, C. de probation. y no ſolamente no lo prueua, pero de los autos del pleyto conſta, que han ſido ſiempre mayores, porque el año de 1507. tenia ya edad de diez y ocho, o veynte años Pedro Fernandez, pues ſe le hizo la donacion para que ſe caſſaſſe, y teniendolos quando vino a comprar el Doctor Iorge de la Torre, que fue de alli a ſeys, o ſiete años, año de 1513. ya Pedro Fernandez era de veynte y cinco, forçoſamente (y aun conſta eſto de las particiones) pues el año de 1543. hizo el teſtameuto que eſtà en el pleyto, y no ſe ſabe que luego murieſſe, pero ſabeſe, que de alli a diez y ocho años, puſo la demanda en eſta Corte vn nieto deſte Pedro Fernandez, como mayor; de adonde ſe infiere, que viuiendo ſu padre deſte que demandò, mayor ſeria los otros diez y ocho años atras, y que aſsi ſiempre corrio la preſcripcion contra mayores: & ſic deſtructa remanent fundamenta contraria; y queda clara la juſticia del dicho don Rodrigo, para que ſe determine en ſu fauor. Et ſic pro integritate veſtra ſperamus.

